

AVIS N° 47 / 2003 du 18 décembre 2003

N. Réf. : SA.2 / A / 2003 /033

**OBJET : Code de bonne conduite à l'intention des membres du personnel du
Ministère de la Communauté flamande.**

La Commission de la protection de la vie privée ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, en particulier l'article 29 ;

Vu la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ;

Vu la demande d'avis, datée du 19 novembre 2003, du Ministre flamand des Affaires intérieures, de la Culture, de la Jeunesse et de la Fonction publique ;

Vu le rapport du Président ;

Emet, le 18 décembre 2003, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS :

Conformément à l'avis n° 10 / 2000 émis d'initiative par la Commission le 3 avril 2000 et relatif à la surveillance par l'employeur de l'utilisation du système informatique sur le lieu de travail, le Ministère de la Communauté flamande a rédigé un code de bonne conduite concernant l'utilisation des moyens de communication électroniques que le Gouvernement flamand met à la disposition de son personnel pour l'exécution des tâches. Ce code de bonne conduite a été formalisé dans une circulaire soumise à la concertation syndicale.

Le Ministre flamand des Affaires intérieures, de la Culture, de la Jeunesse et de la Fonction publique a constaté que les possibilités de contrôle limitées dont dispose l'employeur ne permettent pas de réprimer nombre d'abus, parmi lesquels l'envoi de messages électroniques qu'il convient d'assimiler à du harcèlement, l'employeur étant de cette façon empêché de respecter l'obligation à lui faite par la loi d'enquêter rapidement et de manière impartiale à propos des faits de violence, de harcèlement moral ou de harcèlement sexuel au travail. Il en va de même en ce qui concerne la transmission d'informations confidentielles à des tiers par des membres du personnel.

Le Ministre sollicite une extension des mesures de contrôle pouvant être prises par l'employeur, afin que ce dernier soit désormais en mesure de rechercher de tels abus

Le Ministre propose les mesures suivantes :

- en cas de constatation d'un abus ou s'il y a de bonnes raisons de soupçonner un membre du personnel d'usage illégitime des moyens de communication électroniques, permettre au management de ligne d'utiliser les données de télécommunication enregistrées automatiquement, pour des motifs techniques IT (log data), par le système informatique afin de vérifier sur quel poste de travail l'infraction a été commise.
- autoriser le management de ligne, dans le cas où le destinataire d'un courrier électronique dont le contenu peut être assimilé à du harcèlement moral ou sexuel ou à une autre forme de comportement violent y consent, à dépister, sur la base du contenu et au moyen des « log data », le poste de travail à partir duquel a été envoyé ce courriel.

II. CADRE LÉGAL :

Outre la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, les dispositions légales suivantes constituent l'objet de la demande d'avis :

- L'art. 109terD de la loi du 21 mars 1991 spécifie que : « *sous réserve de l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information, l'identification ou les données visées ci-après, il est interdit à quiconque, agissant personnellement ou par l'entremise d'un tiers :*
 - 1°) *de prendre frauduleusement connaissance de l'existence de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de données de toute nature transmis par voie de télécommunications, en provenance d'autres personnes et destinées à celles-ci ;*
 - 2°) *de transformer ou de supprimer frauduleusement par n'importe quel procédé technique l'information visée au 1° ou d'identifier les autres personnes ;*
 - 3°) *de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de télécommunications, relatives à une autre personne ;*
 - 4°) *de révéler ou de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non, et visées aux 1°, 2°, 3°, de les modifier ou de les annuler ».*

- L'art 109ter E de la loi du 21 mars 1991 *portant réforme de certaines entreprises publiques économiques* stipule que : « *les dispositions de l'article 109ter D de la présente loi et les articles 259bis et 314bis du Code pénal ne sont pas applicables :*
1°) *lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés ;*
2°) *lorsque les actes visés sont accomplis dans le but exclusif de vérifier le bon fonctionnement du réseau et d'assurer la bonne exécution d'un service de télécommunications ;*
3°) *lorsque les actes sont posés en vue de permettre l'intervention des services de secours et d'urgence en réponse aux demandes d'aide qui leur sont adressées.*
L'information, l'identification et les données obtenues sur la base de l'alinéa 1^{er}, 2° peuvent uniquement être révélées pour ces mêmes raisons ».
- L'art. 32quater, § 1, alinéa 1^{er} de la loi du 4 août 1996 *relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail* stipule que l'employeur doit déterminer les mesures à prendre pour protéger les travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. Au § 1^{er}, 2^{ème} alinéa, 3° du même article, il est prévu que ces mesures doivent entre autres porter sur l'investigation rapide et en toute impartialité des faits de violence et de harcèlement moral ou sexuel au travail.
- L'art. 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 *relative aux contrats de travail* prévoit que le travailleur a l'obligation de « *s'abstenir de divulguer les secrets de fabrication ou d'affaires, ainsi que le secret de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle* ».

III. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS :

Tant dans le droit du travail que dans le cadre du statut du personnel de l'autorité flamande, on part de l'idée que le contrôle par l'employeur est en principe permis. Cette thèse repose sur la subordination de l'employé à l'égard de l'employeur. En effet, l'employé s'engage à fournir un travail contre rémunération sous l'autorité de l'employeur. Ce dernier a donc le droit de contrôler le travail et l'emploi du temps de ses employés et peut également formuler des directives quant à l'utilisation des moyens de communication.

En ce sens, la Commission a déjà estimé, dans l'avis n° 39/2001 du 8 octobre 2001, que l'employeur pouvait légitimement imposer des limites en ce qui concerne les possibilités d'accès aux moyens de communication au sein de l'entreprise, tout en tenant compte des diverses dispositions réglementaires assurant le bien-être au travail, réglementant l'usage des nouvelles technologies sur le lieu de travail et interdisant le harcèlement ou le "mobbing". Certaines de ces dispositions sociales prévoient l'association de différents organes de concertation – nationaux, sectoriels et d'entreprise – à l'élaboration des mesures.

Dans le cadre de la relation de travail, le droit à la vie privée de l'employé est certes restreint mais n'en est pas pour autant réduit à rien. Plus particulièrement, il faut tenir compte, dans le contexte du droit interne belge, des restrictions apportées au droit de surveillance de l'employeur par la législation relative aux télécommunications et celle relative au traitement de données à caractère personnel.

Sur le plan de la législation protégeant le secret des télécommunications (art. 109terD de la loi du 31 mars 1991 et article 314bis du Code pénal), il convient d'affirmer qu'il est en principe interdit à l'employeur de contrôler l'usage par l'employé d'Internet et des moyens de télécommunications.

Cette interdiction faite à un tiers, en l'occurrence l'employeur, de prendre connaissance de télécommunications est toutefois levée à la condition que l'employeur ait obtenu le consentement préalable de tous les participants à la communication.

De cette façon, l'employeur a la possibilité d'obtenir le consentement préalable des membres du personnel afin d'utiliser les « log data » en vue de découvrir le poste de travail à partir duquel un membre du personnel a expédié des courriers électroniques destinés à harceler un autre employé, dès lors qu'il est établi qu'un membre du personnel est victime de pareils courriels.

En l'absence du consentement des participants à la communication, l'employeur ne peut prendre connaissance des communications de l'employé que si une des exceptions prévues à l'article 109terE de la loi du 21 mars 1991 *portant réforme de certaines entreprises publiques économiques* peut être appliquée.

- Sur la base de l'art. 109terE, 1° de la loi en question, l'employeur est autorisé à prendre connaissance de l'existence ou du contenu de télécommunications au cas où la loi le permet ou l'impose.

L'article 32quater, § 1, alinéa 1^{er} de la loi du 4 août 1996 *relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail*, dans lequel il est stipulé que l'employeur doit déterminer les mesures à prendre pour protéger les travailleurs contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, doit être considéré comme une base légale suffisante pour autoriser l'employeur à prendre connaissance de l'existence ou du contenu de télécommunications, puisque cette disposition oblige clairement l'employeur à intervenir en cas de harcèlement. Lorsqu'il existe des indices sérieux de l'envoi de messages électroniques dont le contenu peut être assimilé à du harcèlement moral ou sexuel ou à toute autre forme de comportement violent, ce qui oblige à mener une enquête minutieuse et impartiale, l'employeur peut invoquer cette disposition légale qui lui impose de prendre les mesures nécessaires afin de contrôler la communication électronique.

Dans un tel conflit d'intérêts, l'intérêt de la victime du harcèlement doit primer. Par conséquent, il faut donner à l'employeur la possibilité de remplir ses obligations et d'assumer ses responsabilités. Par ailleurs, il convient d'attirer particulièrement l'attention sur le fait que les mesures à prendre ne peuvent pas être excessives au regard de la finalité poursuivie (art. 4, § 1, 3° de la loi relative à la protection de la vie privée). Ceci implique que l'employeur, dans la défense de l'intérêt de la victime, doit procéder avec une circonspection telle que l'atteinte au droit à la vie privée des parties concernées par les messages électroniques ne soit pas disproportionnée. Les mesures adoptées doivent être axées sur la préservation des intérêts de la victime. Un système de contrôle général dans l'intérêt de l'entreprise est disproportionné.

En revanche, l'article 17, 3°, a) de la loi du 3 juillet 1978 *relative aux contrats de travail*, qui prévoit que l'employé a l'obligation de s'abstenir de divulguer les secrets de fabrication ou d'affaires ainsi que les secrets en rapport avec des questions personnelles ou confidentielles dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, ne constitue pas une base légale suffisante. En effet, cette disposition légale n'est pas assez concrète. Dès lors, sans autre spécification, cette disposition ne peut pas entrer en ligne de compte en tant qu'exception légale à l'interdiction pénale.

- Il ne peut pas être fait application de l'article 109terE, 2° de la loi susmentionnée, qui prévoit que l'employeur est autorisé à prendre connaissance de l'existence ou du contenu de télécommunications si les actes visés sont accomplis dans le but exclusif de vérifier le bon fonctionnement du réseau.

Il est donc permis de « logger » certaines données de télécommunications pour des motifs techniques IT, mais il est expressément interdit d'utiliser ces données à une autre fin, telle que la détection du poste de travail du membre du personnel qui en use de manière illégitime.

Par conséquent, vu l'état actuel de la législation, c'est seulement dans une mesure limitée qu'il est possible d'élargir les mesures permettant à l'employeur de contrôler l'utilisation par le personnel des moyens de télécommunication, et plus particulièrement celles relatives au contrôle de l'envoi de courriers électroniques ayant pour but de harceler d'autres employés.

Pour ce qui concerne le contrôle d'autres sortes d'abus, comme la transmission d'informations confidentielles à des tiers par des membres du personnel, l'avis n°10/2000 émis d'initiative par la Commission le 3 avril 2000 relativement à la surveillance par l'employeur de l'utilisation du système informatique sur le lieu de travail, qui met l'accent sur les exigences de transparence, de proportionnalité et de nécessité des contrôles effectués par l'employeur, reste valable dans son intégralité. Seule une adaptation du cadre législatif, telle que la promulgation d'une loi particulière relative à la vie privée dans la relation de travail, autoriserait l'octroi à l'employeur de pouvoirs de contrôle plus étendus que ceux dont il dispose actuellement.

POUR CES MOTIFS,

La Commission émet :

- un avis favorable quant à la possibilité d'élargir les mesures de contrôle pouvant être prises par l'employeur si le personnel utilise les moyens de télécommunication dans le but d'envoyer des messages dont le contenu peut être assimilé à du harcèlement, sous réserve des remarques formulées plus haut ;
- un avis défavorable quant à l'extension des mesures de contrôle dans n'importe quel cas où les employés font un usage abusif du système informatique.

Le secrétaire

Le président

(sé) J. BARET

(sé) P. THOMAS